

LA RELEVANCIA CONCEPTUAL Y VALORATIVA DE LA MORAL INTERNA DEL DERECHO

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Universidad de Santiago de Compostela



O que sigue es un comentario al libro de Rafael Escudero Alday *Positivismo y moral interna del Derecho*¹, que a su vez estudia hasta qué punto son compaginables las tesis de Lon Fuller sobre la «moral interna del Derecho»² y las explicaciones de H. L. A. Hart sobre los caracteres de los sistemas jurídicos³. Como es sabido, Fuller sostuvo que el Derecho no puede lograr su propósito, y por tanto en puridad no existe, cuando las normas jurídicas incumplen radicalmente ocho requisitos formales. Estos ocho requisitos del Derecho, cuya satisfacción plena es según Fuller una aspiración moral y conforman una «moral interna», son: publicidad, irretroactividad, claridad, consistencia (ausencia

¹ ESCUDERO ALDAY, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 568 pp.

² La elaboración más acabada de estas tesis se contiene en L. L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969 (2.ª ed.). De su primera edición (1964) hay traducción española de F. Navarro: *La moral del derecho*, México, Trillas, 1967.

³ El texto clave es aquí HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Hay trad. española de CARRIÓ, G. R., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990 (2.ª ed.).

de contradicciones), posibilidad de cumplimiento, estabilidad, y congruencia entre previsión y aplicación. El libro de Rafael Escudero estudia esa pretendida exigencia de respeto jurídico formal a la «moral interna» centrándose en dos cuestiones: ¿es este respeto una condición necesaria para que exista un sistema jurídico? y ¿es una condición suficiente para que sea justo? Tales preguntas se abordan, distribuidas en dos partes, desde la perspectiva del positivismo jurídico hartiano. Hart aparece entonces como el autor de referencia, tanto en lo que respecta a la descripción de los sistemas jurídicos como incluso en lo que respecta a su valoración moral.

El libro de Escudero tiene sin duda muchas virtudes, pero en este comentario me ocuparé de los contenidos a mi juicio más discutibles, precisamente por ser los más interesantes para suscitar un debate. Entre las virtudes destaca el rigor intelectual, que se traduce en un empeño constante por aplicar una metodología firme, por documentar las ideas en sus fuentes originales, y por detallar los sucesivos pasos de las argumentaciones. Este empeño llega en verdad a ser excesivo y produce un libro innecesariamente largo (a lo cual colabora el estilo pausado del autor), pero de gran calidad. No estoy de acuerdo con muchas de sus afirmaciones, como mostraré enseguida, pero debo elogiar su transparencia y honestidad. Prueba de éstas es que varias tesis de Escudero pueden contestarse con razonamientos e ideas que él mismo recoge, y que de ser menos riguroso podría haber ocultado o disfrazado. Lo que en ocasiones parecen contradicciones del autor –aludiré a alguna de ellas, que tal vez el autor podrá aclarar– son, desde otro punto de vista, fruto de un pensamiento que no se esconde. Por lo demás, el libro es muy informativo, pues contiene un exhaustivo repaso de la polémica entre Hart y Fuller en torno a la moral interna del Derecho, con un soporte bibliográfico apabullante, y además realiza frecuentes incursiones en temas conexos de interés iusfilosófico, como el significado de Estado de Derecho y de seguridad jurídica, la justificación del perfeccionismo o de la obediencia al Derecho, las características del positivismo jurídico, etc.

Según lo dicho, voy a plantear a continuación una serie de problemas y críticas al libro citado, con afán polémico pero también constructivo. Voy a prescindir de las críticas de forma, que harían hincapié en las reiteraciones y la parsimonia; y también de las críticas a la metodología seguida, que a pesar de tantas explicaciones no siempre me quedó clara ni en la teoría ni en su aplicación práctica. Voy a concentrarme, en cambio, en algunos problemas de fondo que pueden merecer una discusión pública. Organizaré

este comentario en cuatro apartados: el primero tratará sobre el intento por aproximar las teorías de Hart y de Fuller en torno a la existencia de los sistemas jurídicos (primera parte del libro); el segundo discute las críticas al punto de vista de Fuller sobre la justicia de los sistemas jurídicos (segunda parte del libro); el tercero atiende a la relación que Escudero establece entre moral interna y regla de reconocimiento; y el cuarto ensaya una revisión del planteamiento de Fuller a modo de conclusión.

§ 1. La primera parte del libro se propone rastrear los elementos de la moral interna en la teoría jurídica de Hart. La hipótesis a confirmar parece ser, en principio, que (para Hart, y los positivistas en general) es condición de existencia de un sistema jurídico que sus normas respeten los ocho componentes de la «moral interna» tal como los describe Fuller. La indagación comienza mostrando que Hart postula la generalidad y la estabilidad como características de las normas jurídicas. Luego se detiene esa indagación sobre las normas del sistema y se abre un paréntesis para explicar que la publicidad y la claridad convienen a la regla de reconocimiento. De aquí se da un salto en algún momento a afirmar que las normas jurídicas han de ser claras e inteligibles (p. 149), pero más bien lo que se sugiere es que la construcción de Hart, «de una forma u otra», lleva a exigir la moral interna (p. 155). La misma exigencia se discute para las limitaciones de la autoridad jurídica, aunque no tengan relación visible con la tesis de Fuller. Luego se cierra el paréntesis sobre la regla de reconocimiento y se regresa al examen de las normas del sistema, donde se detecta la necesidad de coherencia, que a su vez exige la ausencia de contradicción y la congruencia (p. 149). A continuación se argumenta que Hart «en algunas ocasiones, parecería reconocer» que para que las normas puedan ser obedecidas y dar lugar a un sistema deben ser además normalmente irretroactivas y no exigir conductas imposibles (pp. 155-156). A esto se añade que para lograr esa obediencia, requisito de la existencia de un sistema jurídico, es precisa la certeza que sólo proporciona la conjunción de una regla de reconocimiento con el respeto de todos los elementos de la moral interna, salvo tal vez la posibilidad de cumplimiento (p. 196). Finalmente se resta importancia a lo dicho sobre la necesidad de que las normas jurídicas respeten la moral interna, y se sugiere que lo decisivo (y sobreentendido en Hart) es que la respete la regla de reconocimiento (p. 213).

Eso es lo que pude reconstruir como línea argumental. Debe notarse que a pesar de que en algún momento parece que Escudero se pregunta en

abstracto si el sistema jurídico requiere para su existencia el respeto de la moral interna del Derecho (v.gr. p. 201), en realidad su propósito no es buscar la esencia del concepto de sistema jurídico, sino los elementos que pueden detectarse en el uso convencional de ese concepto a partir de la teoría de Hart (p. 163). No hay por tanto un intento de examinar las tesis de Fuller a la luz del positivismo jurídico en general, aunque a veces así se dé a entender, sino que adopta unilateralmente la teoría de Hart como representación (ciertamente autorizada) de esta corriente. Pero el camino que sigue Escudero es muy tortuoso y lleno de baches. Quiere hacer decir a Hart lo que no dijo, y lógicamente tiene dificultades para encajar las piezas coherentemente. Pero no voy a entrar en la coherencia de su línea argumental, porque supongo que es adecuada para mostrar que «de una forma u otra» la teoría de Hart es compatible con la exigencia de moral interna para hablar de sistema jurídico. Es decir, sería adecuada si los sucesivos pasos fueran correctos, cosa que no doy por sentada. Por el contrario, creo que efectivamente hay muchos baches, que paso a detallar.

a) Con el simple apoyo de textos de Hart donde explica que la generalidad es «típica» de los sistemas jurídicos (p. 42), Escudero pasa a concluir que el Derecho «necesita» de normas generales (p. 51). Pero, lógicamente, ni lo que diga Hart es prueba de lo que necesita el Derecho, ni la tipicidad es prueba de necesidad. (Hart podría creer que las normas jurídicas son típicamente generales pero admitir que es posible un sistema jurídico basado en normas particulares).

b) Con apoyo en textos de Hart sobre la persistencia del Derecho, Escudero pasa a concluir que las normas jurídicas deben adquirir una cierta estabilidad para poder diferenciarlas de las órdenes coactivas de un asaltante (p. 54). Sin embargo no muestra que la estabilidad sea requisito del Derecho, ni para Hart (que admite que hay normas fugaces, como se recoge en p. 55), ni en general. ¿Qué ocurre con las normas de los Estados recién creados, por ejemplo? ¿Hemos de decir que carecen de sistemas jurídicos en tanto sus normas no se consoliden?⁴

⁴ Escudero presenta la generalidad y la permanencia como si fuesen para Hart los dos primeros «elementos para la configuración de los sistemas jurídicos», de una supuesta lista con al menos tres componentes (p. 67, n. 34; cfr. p. 83, n. 55). Sin embargo no creo que Hart respalde esa supuesta lista. Cuando habla de la generalidad y la permanencia lo hace para perfeccionar el modelo teórico simple que identifica el Derecho con órdenes coactivas; pero no porque apruebe el modelo así perfec-

c) Según Escudero, la claridad y publicidad son también para Hart (sin que él lo advierta) requisitos para la existencia de los sistemas jurídicos, porque son necesarias para hablar como hace de una «regla de reconocimiento» que contiene los criterios de validez. Escudero razona que es inviable de hecho una regla de reconocimiento que no respete la moral interna, y en particular la claridad y la publicidad (p. 111). También aduce que no hay sistema jurídico sin certeza, y ésta a su vez exige que los criterios de validez respeten la moral interna (p. 199). Pero entiendo que estas afirmaciones malinterpretan la regla de reconocimiento, como explico luego (§ 3). Que haya o no una regla de reconocimiento es una mera cuestión de hecho (la presencia de criterios de validez compartidos), y nada impide *a priori* que se dé en un sistema jurídico incierto⁵.

cionado, ya que a continuación pasa a criticarlo, sino para que su enemigo sea más duro de roer y por tanto su ataque más interesante.

En realidad Hart ofrece una lista diferente de elementos para configurar un sistema jurídico, compuesta por sólo dos elementos: la obediencia generalizada a las reglas de conducta por los ciudadanos y la aceptación efectiva de las reglas secundarias por los funcionarios (ver *El concepto de Derecho* cit., p. 145; Escudero lo cita en p. 181, n. 23). Sobre esta lista también se pronuncia Escudero, sugiriendo que «el primer requisito podría reconducirse al segundo» (p. 184), pero creo que se equivoca. Su razonamiento es que la obediencia generalizada se dará de suyo cuando los funcionarios aceptan y aplican las normas jurídicas coactivas. Pero la aceptación en común de un criterio de reconocimiento de normas jurídicas (segundo requisito) no implica que habrá sanciones eficaces para obtener el cumplimiento generalizado (primer requisito). Los jueces pueden compartir una regla de reconocimiento en un Derecho sin normas sancionatorias. O si las hay pueden no aplicarlas, pese a admitir que son jurídicas y que deben aplicarlas. O pueden aplicarlas sin conseguir con ello una obediencia generalizada (no todos los desobedientes son puestos ante los jueces). En fin, la aceptación por los funcionarios de criterios comunes no repercute necesariamente en el comportamiento de los ciudadanos. Estas objeciones no niegan, en cambio, que pueda lograrse una obediencia generalizada mediante la coacción, cosa que creo factible. Lo curioso es que Escudero sí lo niega alguna vez, invalidando su propia sugerencia. Por ejemplo dice que el hábito de obediencia exige espontaneidad (p. 78); y que para obedecer, los ciudadanos deben antes comprobar la validez de las normas (pp. 189 y 190). Yo no lo creo así. Como dice Hart, aunque la falta de espontaneidad es una dificultad para hablar de hábito, «no obstante» otros rasgos de los hábitos sí están presentes en la obediencia suscitada por el temor; y los ciudadanos pueden obedecer como borregos (HART, *El concepto de Derecho* cit., p. 65 y p. 184; Escudero lo cita en p. 184, n. 27, y p. 78, parcialmente en el último caso). Por mi parte no veo tampoco inconveniente para hablar de hábito inducido por temor; considero que miedo y hábito son fenómenos compatibles. ¿Acaso es erróneo llamar hábitos a las rutinas nada espontáneas de los soldados?

⁵ En mi opinión Escudero exagera la importancia de la certeza como condición de la eficacia. Un sistema jurídico incierto puede perfectamente ser eficaz. Un ejemplo de sistema incierto podría ser aquél que entre los criterios de validez incluya el rechazo de las normas injustas. Al menos es un ejemplo para Hart, a quien Escudero cita en p. 310 sin objetarlo. Pero ése es según Escudero el caso español por efecto del art. 1.1 de la Constitución, que entre los valores superiores del ordenamiento jurídico sitúa la justicia, pues «cualquier norma que pretenda alcanzar carácter jurídico debe respetar el contenido de tales valores» (p. 286, n. 72). Aunque así expuesta la afirmación es un tanto exagerada, sin embargo es verdad que el artículo 1.1 genera alguna incertidumbre en el sistema jurídico español. Pero no lo hace ineficaz.

d) Para introducir la ausencia de contradicción y la congruencia como condiciones de existencia jurídica, Escudero toma como premisa que «una de las características propias de los sistemas jurídicos es la coherencia de sus normas» (p. 147). Pero ésta es una premisa muy débil. Fuera de la imaginación de los lógicos no hay tales «sistemas jurídicos» plenamente coherentes. Es cierto que los ordenamientos jurídicos contienen criterios de resolución de antinomias, pero como el propio Escudero anota (p. 148) son a menudo insuficientes o ellos mismos antinómicos.

e) El argumento para presentar la irretroactividad y la posibilidad de cumplimiento –junto a otros elementos– como requisitos (para Hart) de un sistema jurídico es que son necesarias para que funcione (p. 156). Aquí Escudero hace depender la existencia de la eficacia, y ésta a su vez del respeto a la moral interna. Pero el argumento tiene sus problemas. En primer lugar, es dudoso que no pueda funcionar un sistema jurídico sin esa moral interna. Al menos Escudero no ofrece pruebas para negarlo. Es más, alega (aquí enfrentándose a Hart) que la moral y las reglas del trato social sí pueden funcionar sin respeto a la moral interna (pp. 159 y ss.); ¿por qué el Derecho ha de ser diferente? En segundo lugar, más en concreto, la irretroactividad de las normas puede ser conveniente para que funcione un sistema jurídico, pero no es imprescindible. El propio Escudero admite excepciones (p. 208 y p. 257). En tercer lugar, el argumento quebraría si fuera verdad, como Escudero apunta en algún momento (v. gr. p. 176), que pueden existir sistemas jurídicos con normas primarias ineficaces si en ellos funciona una regla de reconocimiento⁶. Si así fuera, un sistema jurídico podría existir con normas retroactivas pero eficaces; e incluso con normas imposibles de cumplir, y por tanto ineficaces, si a fin de cuentas funciona una regla de reconocimiento. En tal caso ni la irretroactividad ni la posibilidad de cumplimiento serían requisitos decisivos de existencia. A lo sumo serían rasgos que deben darse en algunas de sus normas.

A tenor de lo expuesto, veo dificultades en los argumentos de Escudero para leer en los textos de Hart que la moral interna es condición de existencia de los sistemas jurídicos. Pero además todos los esfuerzos al respecto sufren un golpe mortal cuando Escudero reconoce que de hecho puede

⁶ No obstante creo que Hart diría, con razón, que no es cierto que puedan existir sistemas jurídicos cuyas normas primarias sean ineficaces: además de la eficacia de una regla de reconocimiento, un sistema jurídico precisa de la eficacia de la mayoría de sus normas de conducta (ver *El concepto de Derecho* cit., p. 145). Y para esta última eficacia se precisan, en efecto, ciertas condiciones. Una es sin duda que las normas puedan cumplirse.



existir un sistema jurídico con un completo desconocimiento de los elementos de la moral interna del Derecho (pp. 313-314). Pienso que sus problemas surgen sobre todo al sostener que el respeto a la moral interna es una exigencia jurídica porque es requisito de existencia de la regla de reconocimiento, no porque ésta la reclame en las demás normas (p. 211). No le satisface la idea de que la regla de reconocimiento contenga entre los criterios de validez jurídica el respeto a la moral interna, porque le parece difícilmente compatible con el hecho de que la propia regla de reconocimiento ha de respetar la moral interna. Escudero sugiere en algún momento que la moral interna es un requisito funcional del Derecho, necesario para la obediencia de los ciudadanos, más que un requisito normativo (v. gr. p. 157). Sin embargo, argumentar que el respeto a la moral interna está incluido como una condición de validez más en la regla de reconocimiento es la vía más lógica y directa para aproximar las teorías de Hart y Fuller. Yo no veo qué problema hay en que la regla de reconocimiento exija a las normas jurídicas como requisito normativo que sean claras, públicas, etc. El propio Escudero admite alguna vez que entre los criterios de validez puede estar el respeto a la moral interna (p. 227). Yo creo que esto sería posible aunque compartiésemos con él (cosa que no hago) que la misma regla de reconocimiento debe ser clara, pública, etc., como requisito empírico. Claro que entonces el respeto a los componentes de la moral interna será requisito de validez jurídica sólo si se recoge en dicha regla de reconocimiento de modo expreso. De hecho Escudero llega a decir que es un requisito expreso (p. 276 y p. 312), e incluso que si no se formula expresamente el sistema será ineficaz y desaparecerá (p. 313). Pero no hay que llegar a estos extremos: la regla de reconocimiento no tiene por qué ser clara y pública; y aunque contenga como criterio de validez los elementos de la moral interna, no tiene por qué formularlo expresamente. Aun suponiendo que el respeto a la moral interna es condición de supervivencia de un sistema jurídico, es obvio que este respeto puede conseguirse espontáneamente, sin exigencia alguna.

§ 2. En lo que respecta a la discusión sobre si el respeto a la moral interna es condición suficiente para la *justicia* de los sistemas jurídicos, la tesis de fondo de Escudero es que respetar la moral interna podría aportar cierta moralidad a los sistemas jurídicos que lo hacen, pero que eso no basta para calificarlos sin más de morales. Esta tesis me parece difícilmente cues-

tionable y no tengo nada que objetarle. Sin embargo, Escudero procede a criticar a Fuller blandiendo esa tesis, atribuyéndole la opinión de que todo Derecho es intrínsecamente moral, sin paliativos, en virtud de la moral interna que contiene. Y así le objeta a Fuller que no ofrece un argumento que permita entender el Derecho como una actividad moral en sí misma con independencia de los contenidos materiales (p. 342). Tengo serias dudas sobre si Fuller se merece esa crítica. Su punto de vista, tal como Escudero lo recoge en citas, supone reconocer que la moral «interna» se complementa con otra «externa», y que ambas son necesarias para un juicio moral global. Escudero se concentra en los momentos en que Fuller da importancia a la moral interna, pero obviamente, subrayar la importancia de la moral interna no implica desconocer la moral externa. Sólo significa que quiere ser original y prefiere ocuparse de un asunto que otros pasaron por alto, y en cambio pasar por alto (lo cual no significa reprobar) un asunto que otros trataron de sobra.

Por lo que el propio libro de Escudero nos enseña, el interés de Fuller por la moral interna es puramente una cuestión de enfoque, pues a su juicio la perspectiva de la moral externa distorsiona el debate sobre la relación entre Derecho y moral (ver cita en p. 326, n. 6). Fuller deja de lado, pero no desprecia, todo un mundo de moralidad externa también fundamental: las leyes naturales internas del Derecho «no agotan, evidentemente, la totalidad de la vida moral del hombre» (citado en p. 327, n. 9). Para él las normas sólo son jurídicas si respetan la moral interna en cierto grado mínimo, y por eso todas las normas jurídicas tienen algún valor moral, aunque sea en un grado mínimo; pero eso —como reconoce Escudero (p. 333)— «no significa que Fuller niegue la distinción entre el Derecho y la moral; no supone, por un lado, ni que toda norma sea una “buena” norma, ni, por otro, que todo Derecho sea un “buen” Derecho». Fuller —insiste Escudero (p. 335)— no niega la existencia «de normas que adquieren carácter jurídico a pesar de merecer el atributo de inmorales o de inicuas». Lo que dice Fuller es que además de atender a la «moralidad general», que se fija en el contenido y efectos de las normas creadas por el legislador, hay que atender a «una moralidad especial aplicable a su propio trabajo» (citado en p. 360, n. 49). Según lo entiendo, Fuller sostiene que el Derecho es una actividad moral en sí misma, porque es mejor regular la conducta humana con normas claras, generales, etc., que no hacerlo; pero no sostiene que sea una actividad moral cualquiera que sea su contenido y consecuencias. En definitiva, creo que

cuando Escudero explica que la presencia de los elementos de la moral interna en un sistema jurídico «no es argumento suficiente para atribuir a éste el calificativo de justo» (p. 390) tiene toda la razón, pero nadie lo discute.

La calificación que merezca un sistema jurídico repercute lógicamente al preguntarse por la obligación moral de obedecerlo. Según la interpretación de Escudero, Fuller cree que hay un compromiso moral de cumplir las normas jurídicas que parte del compromiso moral de respetar la moral interna (p. 476). Yo creo que es más bien al revés: el compromiso de cumplir las normas jurídicas tiene valor moral independiente (o derivado del valor de someter la conducta humana a normas), y los sujetos así lo aprecian; y como respetar la moral interna es requisito para llevar a cabo ese compromiso de cumplir las normas jurídicas, dicho respeto tiene también valor moral. En cualquier caso, me parece poco acertada la crítica que Escudero dirige a Fuller en la p. 487: «la moral interna del Derecho no parece ser el elemento en que basar toda una teoría de la legitimidad de los sistemas jurídicos, y de ahí que la propuesta de Fuller, según la cual el respeto a la moral interna del Derecho por parte del Poder es la base del compromiso moral que se halla en todo sistema jurídico, encuentre puntos débiles». Me parece poco acertada porque Fuller no sitúa la legitimidad sólo en el respeto a la moral interna; este respeto es precisamente sólo una «base».

Según Escudero el respeto a la moral interna es para Fuller fundamento de la obligación de obedecer el Derecho, pues es razón suficiente para abogar por su moralidad (p. 515). Pero por ningún lado muestra que Fuller sostenga tal cosa. Opone a Fuller que es «ciertamente complicado, si no imposible, otorgar a la moral interna del Derecho el rango de ser la razón, de carácter moral, por la que respetar y cumplir lo dispuesto por un sistema jurídico» (p. 531); pero para Fuller la moral interna no es «la» razón para obedecer sino a lo sumo «una» razón para obedecer, que por sí sola no es suficiente. Lo que dice Fuller (Escudero lo cita en p. 515, n. 140) es que no hay obligación de obedecer un pretendido «Derecho» que no respete la moral interna; no dice que haya obligación incondicional de obedecer el Derecho que sí la respeta. Fuller piensa, parece, que todo Derecho aporta justicia en alguna medida, aunque sea mínima, de modo que hay en principio un deber de fidelidad y de obediencia a sus normas. Esta tesis puede ser calificada de positivismo ideológico y contestada; pero es una versión muy inocente y moderada, distinta a la que Escudero le atribuye (p. 403). No

parece cierto que en la interpretación de Fuller el valor moral del respeto al Derecho sea absoluto, como se le achaca (p. 536).

Fuller, pues, conviene con todos en que la moral interna no tiene la última palabra sobre la moralidad del Derecho. Ahora bien, para Fuller la moral interna es más elocuente de lo que muchos creen. Él mantiene que cumplir la moral interna aporta valor moral a las normas jurídicas, y además inclinará al legislador hacia la creación de normas más justas. Estas dos tesis sí pueden resultar polémicas, y Escudero discute ambas con razonamientos que merecen atención.

2.1 Según Fuller, el respeto jurídico a la «moral interna» aporta valor moral. De hecho, a su juicio, «la aceptación de esta moralidad es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la realización de la justicia» (citado por Escudero en p. 440, n. 58). Exactamente lo mismo opina Escudero, para quien «el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho puede ser entendido como una dimensión necesaria, pero no suficiente, para la consecución de la justicia de los sistemas jurídicos» (p. 438). Sin embargo, Escudero encuentra motivos para criticar a Fuller también en este punto, dando a entender a veces que respetar la moral interna no tiene valor moral por sí mismo. Yo me sumo en principio a la primera opinión, pero lo cierto es que el asunto plantea dudas.

Cuando Escudero reprocha a Fuller que atribuya valor moral a respetar la «moral interna» parece basarse en la idea de que sólo podría predicarse carácter moral a los elementos que hacen posible el Derecho si éste se entendiera como un valor o un fin último en sí mismo (p. 343, p. 349; cfr. p. 412, n. 32). Pero no veo por qué. Tales elementos podrían tener carácter moral si dan lugar a normas mejores, aunque el Derecho en sí mismo sea moralmente ambiguo o incierto. Supongo que lo que quiere decir Escudero es que sólo si el Derecho es efectivamente un bien moral es correcto sostener que ciertos elementos (claridad, publicidad...) son morales porque lo hacen posible, pero que como a veces el Derecho no es un bien moral (Derecho inicuo) entonces el argumento falla. Sin embargo, no creo que sea ese el argumento de Fuller. Por lo pronto es dudoso, según expone Escudero, si Fuller sostiene que los ocho elementos de la «moral interna» tienen valor moral porque hacen posible un bien moral como el Derecho, o si sostiene que el Derecho tiene valor moral porque necesariamente procura ocho bienes morales. O si sostiene ambas cosas a la vez, como a mi juicio debe

interpretarse⁷. Aunque la tesis de Fuller fuese que sus ocho elementos son morales porque hacen posible el Derecho, él no sugiere que son morales *solamente* por esa razón. Los ocho elementos pueden tener valor moral independiente del bien moral que hagan posible. Por ejemplo, podría ser moralmente recomendable que las normas jurídicas fuesen típicamente generales, públicas, claras, etc. En ese caso los elementos de la moral interna tienen valor moral aunque el Derecho que hacen posible no lo tenga.

Pero afirmar que la moral interna tiene valor moral plantea problemas más graves, que el libro de Escudero pone de relieve. Uno es que tiene que ser moralmente recomendable que las normas jurídicas sean típicamente generales, públicas, etc., con independencia de su contenido o consecuencias. Yo intuyo que sí lo es. Escudero dice en la p. 350 que actuar sin respetar los principios de la moral interna no es necesariamente inmoral. Como ejemplo pone una ley tan confusa que no puede ser aplicada o una ley tan incoherente que se muestra vacía, los cuales serían supuestos de incumplimiento de elementos de la moral interna sin incurrir en inmoralidad. Mi impresión es, en cambio, que es moralmente mejor una ley clara y coherente, que proporciona seguridad (certeza), que otra confusa e incoherente. En cualquier caso, la opinión escéptica de Escudero no se extiende a la generalidad y la congruencia, que considera valores morales porque favorecen la igualdad (pp. 424 y ss.). Incluso hablando respecto al conjunto de los elementos de Fuller, Escudero explica que su cumplimiento no es irrelevante para evaluar la justicia de los sistemas jurídicos (p. 356). Pero si no son principios de moralidad sí tendrían que ser irrelevantes para hacer juicios

⁷ Escudero sugiere que Fuller pasa de argumentar que la «moral interna» tiene valor moral propio a sostener, para evadirse de las críticas, que tiene valor moral porque hace posible el Derecho, el cual tiene valor moral propio (p. 358 y p. 364). Yo entiendo que sostiene ambas cosas. Escudero parece admitirlo también en algún momento (p. 364, n. 53), pero su tesis más frecuente es que para Fuller es el carácter moral del Derecho el que dota de moralidad a los elementos que lo hacen posible (p. 391). Sin embargo apunta (p. 392 y p. 401, n. 13) que para probar ese carácter moral del Derecho, Fuller alega la presencia de la moral interna, lo cual supone retomar la otra tesis (de modo circular: viene a decir que la moral interna es moral porque hace posible un bien moral —el Derecho— que es moral porque contiene la moral interna). También entiende Escudero que para Fuller es la moral interna lo que dota de moralidad al Derecho cuando interpreta y critica la tesis de Fuller sobre la obediencia al Derecho, según vimos, pues le reprocha que sitúe la moral interna como «la» razón para obedecer el Derecho. Pero si es verdad que para Fuller el Derecho tiene valor moral por sí mismo, cuando afirma el deber de obediencia o fidelidad al Derecho, no ha de ser (sólo) porque la moral interna lo merece, sino (además) por el valor moral independiente del propio Derecho. En definitiva, todo estaría más claro interpretando que para Fuller tienen valor moral propio tanto el Derecho y su propósito (someter la conducta humana al gobierno de normas) como los ocho elementos formales sin los cuales no es posible cumplir ese propósito.

morales. Si son relevantes es porque son principios de moralidad, aunque no sean suficientes para calificar moralmente.

Otro problema para considerar que la moral interna aporta valor moral es que ésta puede hacer posible un Derecho inmoral que de otro modo no existiría; o hacer más eficaz un Derecho imperfecto. Supone, por ejemplo, que un Derecho racista típicamente general es mejor que unas normas racistas particulares sean jurídicas o no. Aquí se inscribe la crítica a Fuller por afirmar que el Derecho siempre tiene algún valor moral, aunque sea insuficiente para considerarlo obligatorio. En efecto, para Fuller someter la conducta humana al gobierno de normas es mejor que no hacerlo. Según Escudero, en cambio, parece difícil dotar de valor moral a una actividad que desde el punto de vista sustantivo es inmoral (p. 416); aunque en otro momento sí admite ese valor moral formal y dice que cuando las normas inicuas infringen además la moral interna el disvalor es doble (p. 540). ¿Es la moral interna una fuente de valor moral independiente del contenido? Otra vez intuyo que sí lo es, aunque con muchas dudas. Intuyo que entre dos normas injustas que se imponen por la fuerza es mejor una general, pública, etc., a otra particular, secreta, de imposible cumplimiento, etc.

2.2 Una segunda tesis polémica de Fuller es que «un respeto por la moral interna del Derecho inclinará al legislador hacia la creación de leyes justas en cuanto a sus propósitos sustantivos» (Escudero lo cita en p. 395, n. 3). Escudero objeta esta idea, dando a entender que la moral interna no asegura ninguna probabilidad de moral externa⁸. Esta es una cuestión empírica que no es posible zanjar con simples opiniones. A mí la tesis de Fuller no me parece muy criticable, pero es cuestión de pareceres. Ahora bien, me temo que Escudero lleva demasiado lejos su crítica al reprochar a Fuller que considere que el respeto a la moral interna «garantiza» la existencia de contenidos materiales de moralidad (p. 406). Porque queda claro que Fuller no habla de garantías, sino de tendencias; se limita a establecer una relación de afinidad de tipo probabilístico entre moral formal y sustantiva. Escudero parece oponer a Fuller la opinión de Hart de que un sistema jurídico puede respetar la moral interna y a la vez ser injusto (p. 395); pero Fuller no nega-

⁸ Una de las razones por las que a Escudero le disgusta la idea de que la moral interna introduzca de alguna forma la justicia sustantiva es que significaría cuestionar «la separación positivista entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser» (p. 440). Creo que no es así. Decir que el Derecho es justo formalmente y por tanto tendencialmente justo en lo material no significa confundirlo con el Derecho que debe ser, un Derecho más justo tanto formal como materialmente.



ría que eso puede ser, lo que negaría es que sea habitual o probable. Fuller diría: en teoría es posible, pero en la práctica no sucede. Yo creo que sí sucede (la Sudáfrica racista me parece un ejemplo práctico, pese a que Fuller lo use a su favor); pero unos cuantos contraejemplos no refutan la alegada afinidad entre moral formal y sustantiva. En cualquier caso, el punto de vista de Fuller está meridianamente claro en una frase que Escudero recoge (en p. 413, n. 24): «nunca he afirmado que haya una contradicción lógica en la idea de perseguir la maldad, o al menos alguna clase de ésta, a través de medios que respeten completamente todas las demandas [formales] de la legalidad». Fuller afirma que hay un vínculo causal entre moral interna y justicia material, no un vínculo lógico o necesario. Para atacar a Fuller habría que mostrar que moral interna e iniquidad no se oponen en absoluto, que no hay tal vínculo causal. Pero esto Escudero no lo hace.

§ 3. Seguidamente haré unas reflexiones sobre el concepto de «regla de reconocimiento» y la aplicación que le da el libro que comento en relación con la moral interna. Escudero hace una serie de afirmaciones sobre la «regla de reconocimiento» que a mi juicio no se corresponden con el sentido que esa idea tiene para Hart.

a) En la p. 84 dice que «a esa norma también le resultan de aplicación, como no podía ser de otra forma, las tres características distintivas de las normas». Pero el caso es que puede y debe ser de otra forma, porque la «regla de reconocimiento» no es una norma como las demás; en realidad no es siquiera una norma, sino una práctica, como Escudero ve en otro momento (p. 305). Por tanto su intento de atribuir a la regla de reconocimiento las (supuestas) características de las normas jurídicas es artificioso. Así sostiene, en primer lugar, que habrá una fuerte presión para que se cumpla. Sin embargo no es así: la regla de reconocimiento existe precisamente porque es seguida de modo voluntario, como resultado de su aceptación por parte de los funcionarios. Nadie puede obligar a los jueces a seguir una regla que ellos mismos crean. El argumento de Escudero parece ser que la presión contra el incumplimiento de las normas de conducta presiona al mismo tiempo contra el incumplimiento de la regla de reconocimiento, porque –asegura– incumplir aquéllas equivale a incumplir ésta. Sin embargo tampoco es así: son incumplimientos independientes. Desobedecer una norma jurídica no significa desobedecer o desatender el criterio que la identifica como jurídica. Puedo saltarme un semáforo en rojo sin dejar de reco-

nocer que mi obligación era detenerme. En segundo lugar, Escudero sugiere que la trasgresión de la regla de reconocimiento suscita y fundamenta una crítica; y que ésta a su vez fundamenta el reproche a quien transgrede las normas de conducta. De nuevo creo que ambos reproches son independientes: criticar el incumplimiento de normas de conducta no implica reprochar que no se ha reconocido correctamente la obligación, porque el desobediente puede saber muy bien que está desobedeciendo su obligación. Por otro lado, la idea de que transgredir la regla de reconocimiento es criticable resulta extraña por la misma razón que impide su castigo: dicha regla es una pura práctica judicial. En tercer lugar, por último, Escudero afirma que la regla de reconocimiento tiene un aspecto interno en cuanto que «los sujetos, con carácter general» la aceptan como obligatoria. Sin embargo, el aspecto interno de la regla de reconocimiento se limita a la aceptación de los funcionarios, y no se extiende a los sujetos en general (él mismo lo recuerda en la p. 89). Los ciudadanos pueden perfectamente ignorar la regla de reconocimiento; basta con que sepan que las normas jurídicas les obligan, aunque no sepan identificarlas competentemente.

b) En las páginas 111 y ss. Escudero realiza un esfuerzo considerable para argumentar que la regla de reconocimiento debe ella misma respetar la moral interna del Derecho. Viene a decir que la regla de reconocimiento ha de ser pública y clara (¿etc.?), porque de otro modo no podría ser aceptada (en las pp. 111 y 228 habla de la «necesidad» de estos rasgos, aunque en la p. 154 sólo de «extrema utilidad»). Pero la regla de reconocimiento no es previa a la práctica de aceptación, sino un resultado de ella. Existe en virtud de la práctica, y tendrá las características que tal práctica determine. Si de hecho los funcionarios aceptan un criterio de identificación secreto, impreciso, etc., así será la regla de reconocimiento. No hay condiciones previas; ni siquiera condiciones empíricas.

El razonamiento de Escudero viene a ser que como hay más probabilidad de que los funcionarios compartan un criterio claro de identificación que otro oscuro, la regla de reconocimiento tenderá a ser clara y entonces la claridad puede verse como una condición empírica de dicha regla. Pero este razonamiento falla porque los funcionarios pueden compartir un criterio oscuro, por improbable que esto sea, de modo que la claridad no es *condición*, sino a lo sumo elemento probable. Por lo demás, yo creo que ni siquiera es elemento probable. ¿Suelen ser las reglas de reconocimiento claras, públicas, etc.? Me temo que Escudero se aventura al sostener que sí (lo rei-



tera en la p. 199). No hay vigentes reglas de reconocimiento claras y públicas. La regla de reconocimiento es, en pocas palabras, el criterio que los jueces aplican para distinguir el Derecho. Pues bien, ¿dónde está eso publicado? Ni es público, ni resulta claro en qué consiste. Es comprensible, por tanto, que Escudero no ponga otro ejemplo de regla de reconocimiento que «lo que diga Rex», un supuesto ficticio. ¿Cuál es, digamos, la regla de reconocimiento del sistema jurídico español; esto es, el criterio de identificación de normas jurídicas aplicado por los jueces españoles? Desde luego no está publicada en ninguna parte. Y quien intente formularla se dará cuenta de que no es nada clara. Por mi parte aventuro que en el Derecho español la regla de reconocimiento dice algo así: «es Derecho lo que prescribieron o prescriban en el futuro las resoluciones del Tribunal Constitucional, la Constitución, los Tratados internacionales ratificados por España y las normas derivadas de ellos, las normas promulgadas por los Parlamentos estatal y autonómicos, las resoluciones judiciales y las normas y decisiones de la Administración, por este orden, salvo que sea sumamente inmoral o absurdo». Pero ni está claro que ésta sea la fórmula correcta, ni esta fórmula es nada clara.

c) Escudero confunde a veces la regla de reconocimiento con la regla de cambio. Por ejemplo dice que la regla de reconocimiento contiene «la atribución de competencia o autoridad a ciertos sujetos para dictar normas» (p. 122; p. 127). Dicho así me parece equivocado, pues la competencia para crear normas la atribuye la regla de cambio (como dice en p. 214 *in fine*). Lo que quiere decir, según leí en otras partes, es que al contener los criterios que definen lo jurídico, la regla de reconocimiento está describiendo las fuentes del Derecho y por tanto señalando quién tiene autoridad jurídica. Creo que esto es correcto, pero la regla de reconocimiento no *atribuye* esa autoridad, sino que se limita a describir dónde se encuentra. En otro caso se estaría sosteniendo que es la práctica judicial la que atribuye autoridad jurídica, lo cual no parece ni correcto ni la opinión de Escudero.

d) Escudero escribe que sin la regla de reconocimiento «los operadores jurídicos no podrían llevar a cabo esa práctica común y generalizada de actuación conforme a los criterios de validez normativa» (p. 192). Parece creer así que la regla de reconocimiento es la condición de esa práctica común, cuando es su resultado. De modo similar, se expresa como si fuese compatible que exista una regla de reconocimiento y que un operador jurídico no pueda conocer los criterios de validez (p. 199). Pero no es compati-

ble, porque la regla de reconocimiento no es sino el hecho de que esos criterios se aceptan y usan.

§ 4. He distinguido, siguiendo el libro de Escudero, las cuestiones relativas a la existencia y a la justicia de los sistemas jurídicos. Pero cabe dudar en qué apartado se inscribe la tesis de Fuller. ¿Es conceptual o valorativa? ¿Está diciendo Fuller que cuando no se respeta la moral interna no hay Derecho, o que no hay buen Derecho? Escudero parece presentarla como una tesis conceptual, de modo que la valoración moral es «un tema diferente» (p. 382). A mí no me parece claro, a la vista de la insistencia de Fuller en que la moral interna es una moral con grados, la cual puede satisfacerse en mayor o menor medida. La tesis de Fuller es a la postre dual (y ambigua): sólo hay Derecho cuando se satisface en una mínima medida la «moral interna» (tesis conceptual), pero el Derecho debería satisfacerla lo más posible para cumplir su razón de ser (tesis valorativa y prescriptiva). Esto por supuesto tiene que ver con la cuestión de si Fuller ve la moral interna como una moral de aspiración (debería respetarse para lograr un buen Derecho, tesis valorativa) o una moral de deber (tiene que respetarla para lograr un Derecho, tesis conceptual). Escudero se queja de que Fuller a veces presenta la moral interna como una moral de aspiración y otras como moral de deber (p. 383), y lo discute con detalle. Pero Fuller dice claramente que abarca ambas cosas (en una frase que Escudero recoge en p. 388, n. 90). A Escudero le parece extraño que si la moral interna es una aspiración pueda también suponer una condición para que exista un sistema jurídico (p. 386). A mí en cambio me parece perfectamente compatible que sea a la vez una aspiración su cumplimiento máximo y un deber su cumplimiento mínimo.

Ahora bien, ¿qué opinión merecen estas tesis conceptual y valorativa? La tesis valorativa presupone que los elementos de la moral interna son valores morales que deben ser satisfechos en la mayor medida posible por los sistemas jurídicos. Es decir, presupone la corrección de un principio moral que prescribe que la mayoría de las normas jurídicas sean generales, públicas, estables, irretroactivas, claras, consistentes entre sí, de cumplimiento posible, y aplicadas congruentemente. Yo no me siento capaz de discutir si hay o no tal principio moral; pero me atrevo a opinar sobre su verosimilitud. Personalmente no creo que la respuesta sea una mera cuestión de opiniones o pareceres, pero no puedo *probar* si la tesis valorativa de

Fuller es o no correcta. Sólo puedo apelar a la coincidencia de criterios, si la hay. A mi juicio, en fin, la tesis es verosímil y convincente: un sistema jurídico es mejor cuanto más respetuosas sean por lo general sus normas con esos rasgos formales que componen la «moral interna». No sólo mejor respecto a su eficacia (respeto efectivo por ciudadanos y funcionarios) y eficiencia (cumplimiento de los fines deseados con los medios disponibles), sino mejor en sentido moral. Esta tesis tiene un posible inconveniente que ya sugerí antes: supone que es mejor un Derecho injusto muy respetuoso con la moral interna que otro menos respetuoso, pese a que el primero será probablemente más eficaz. Me inclino a pensar que es así, pero de todos modos se trata de un inconveniente que podría justificar alguna matización.

Debe advertirse que la tesis valorativa expuesta se refiere a los sistemas jurídicos y al grueso de sus normas. No sería verosímil, en cambio, si se refiriese a las normas jurídicas aisladamente, a cada una de ellas, pues me parece claro que no es moralmente recomendable que todas las normas sean generales, irretroactivas o estables. Lo que dice la tesis de Fuller, y lo que estimo convincente, es que es mejor que las normas jurídicas sean típicamente todo lo generales, irretroactivas y estables que puedan ser; que la mayoría de ellas sean así. No dice que sea mejor que no haya normas particulares o retroactivas o fugaces; y la realidad muestra que en ocasiones son moralmente preferibles. Sin embargo, esta salvedad que acabo de ilustrar con los rasgos de generalidad, irretroactividad y estabilidad no es quizás necesaria respecto a los otros cinco rasgos. Respecto a ellos tal vez pueda decirse convincentemente que la moral recomienda su respeto por todas y cada una de las normas jurídicas. Esto es, no sólo es bueno (en sentido moral) que la mayoría de las normas jurídicas sean, en la mayor medida posible, públicas, claras, consistentes entre sí, de cumplimiento posible, y aplicadas congruentemente; sino que parece mejor que todas las normas cumplan esas condiciones también en la mayor medida posible. En cualquier caso, aunque sólo justifiquemos excepciones respecto a tres rasgos (generalidad, irretroactividad y estabilidad), la situación no deja de ser chocante. Porque si hemos considerado convincente que los componentes de la moral interna son ideales morales, ahora hemos de aceptar que tienen excepciones. ¿Qué clase de ideales son éstos que admiten excepciones? Ideales *prima facie*, sin duda. Que los sistemas jurídicos respeten en la

mayor medida posible la moral interna es, cabe concluir, un ideal o aspiración moral, pero no un ideal absoluto.

La tesis conceptual, en cambio, me parece más cuestionable. Según esta tesis no puede hablarse de Derecho si la mayoría de las normas del sistema en cuestión no satisfacen en una cierta medida mínima la «moral interna». Pero pensemos en un conjunto de normas que todos los operadores jurídicos reconocen como válidas jurídicamente. Parece excéntrico afirmar que tales normas son Derecho sólo si cumplen en una medida misteriosa ciertas exigencias formales añadidas. Estas exigencias pueden ser condición de validez jurídica si son tomadas como tales por los operadores jurídicos; pero es cuestionable que sean condición de validez porque sí. Sin embargo para Fuller no basta con respetar las condiciones de validez aceptadas: también hay que respetar los requisitos implícitos en el sentido (el propósito) del Derecho. Por eso Fuller se opone a Hart. Y por eso Hart es más convincente. A fin de cuentas, y creo que esto es también lo que piensa Escudero, la moral interna sólo es condición de juridicidad de las normas si está prevista como tal en la regla de reconocimiento. Teniendo en cuenta esta idea y lo discutido más arriba sobre la regla de reconocimiento, podemos concluir. Sólo cabe hablar de Derecho, como sistema jurídico, cuando hay un criterio eficaz de identificación de sus normas. No es necesario, sino contingente, que dicho criterio —la regla de reconocimiento— respete él mismo la «moral interna» descrita por Fuller o exija su respeto a (la mayoría de) las normas jurídicas. Luego para hablar de Derecho, como sistema jurídico, no es necesario el respeto de dicha «moral interna».

